

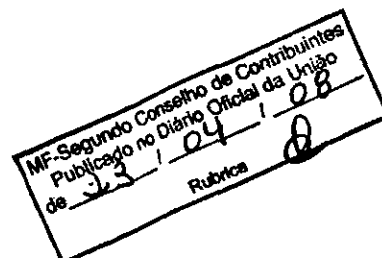


MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 19, 03, 2008.
Selo SSB
Mat. Sape 91745

CC02/C01
Fls. 1465

Processo n° 10930.004166/2003-17
Recurso n° 130.375 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão n° 201-80.646
Sessão de 17 de outubro de 2007
Recorrente VIAÇÃO GARCIA LTDA.
Recorrida DRJ em Curitiba - PR



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/06/2002 a 31/12/2002

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LANÇAMENTO. IMPUGNAÇÃO. AUTORIDADE REVISORA.

Impugnado o lançamento, é a DRJ, autoridade administrativa revisora de primeiro grau, competente para efetuar a sua revisão, mormente constatada a existência de erro de fato no lançamento.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. EFEITOS.

Já é do domínio público que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 (RREE nºs 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 - Inf./STF 408), proclamando que a ampliação da base de cálculo da Cofins por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal. A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito e, embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, parágrafo único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, arts. 741,

me

GA

Rd7

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	19/03/2008
Sílvia S. Barbosa Mat: Sispw 91745	

parágrafo único; e 475-L, § 1º, com redação da Lei nº 11.232/2005). Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliara a base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação.

Recursos de ofício negado e voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES: I) por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pelo Relator. Vencidos os Conselheiros Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça (Relator), Fabiola Cassiano Keramidas e Gileno Gurjão Barreto. Designado o Conselheiro Walber José da Silva para redigir o voto vencedor nesta parte; II) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício; e III) em dar provimento ao recurso voluntário da seguinte forma: a) por maioria de votos quanto à receita do seguro facultativo. Vencidos os Conselheiros Maurício Taveira e Silva, José Antonio Francisco e Josefa Maria Coelho Marques; e b) por unanimidade de votos, quanto à Recuperação de PIS e Cofins. Os Conselheiros Walber José da Silva e Antônio Ricardo Accioly Campos acompanham o Relator pelas conclusões. Fez sustentação oral, em junho de 2007, o advogado da recorrente, Dr. Ricardo Jorge Rocha Pereira, OAB/PR 12828. Esteve presente, em agosto de 2007, o advogado da recorrente, Dr. Wagner de Souza Soares, OAB-DF 17.163.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Walber José da Silva
WALBER JOSÉ DA SILVA
Relator-Designado

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 19, 03, 2008.	
Silvio Siqueira Barbosa Mat.: Sincpe 91745	

Relatório

Trata-se de recursos voluntário (fls. 1.260/1.270, vol.VI) e de ofício (fl. 1.244, vol. VI) contra o v. Acórdão DRJ/CTA nº 8.466, de 18/05/2005, constante de fls. 1243/1255 (vol. VI), exarado pela 3ª Turma da DRJ em Curitiba - PR, que, por unanimidade de votos, houve por bem julgar procedente em parte o lançamento (exonerando-se a parcela da exigência de Cofins de R\$ 409.453,36 e correspondentes multa de ofício de 75% e encargos legais e mantendo-se a parcela da Cofins de R\$ 186,641,13 e correspondentes multa de ofício de 75% e encargos legais). O lançamento original de Cofins (MPF nº 0910200/00043/02), notificado em 29/08/2003 (fls. 376/386, vol. II), no valor total de R\$ 2.233.040,52 (Cofins: R\$ 992.790,26; juros de mora: R\$ 495.657,68; multa proporcional: R\$ 744.592,58), acusou a ora recorrente de diferenças de Cofins apuradas entre o valor escriturado e o declarado/pago no período de 30/04/99 a 31/12/2002.

Reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. Decisão de fls. 1.243/1.255 (vol. VI), exarada pela 3ª Turma da DRJ em Curitiba - PR, houve por bem julgar procedente em parte o lançamento (exonerando-se a parcela da exigência de Cofins de R\$ 409.453,36 e correspondentes multa de ofício de 75% e encargos legais e mantendo-se a parcela da Cofins de R\$ 186,641,13 e correspondentes multa de ofício de 75% e encargos legais), aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/06/2002 a 31/12/2002

Ementa: ERRO DE FATO. CORREÇÃO.

Constatada a existência de erro de fato, reconhecida pelo autuante, consistente na consideração indevida de parcelas na base de cálculo da exigência, quando da elaboração do auto de infração, ocasionando lançamento superior ao devido, a autoridade julgadora deve proceder à correção de ofício.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/04/1999 a 30/04/1999, 01/07/1999 a 31/08/2000, 01/10/2000 a 31/10/2000, 01/10/2001 a 31/10/2001, 01/01/2002 a 31/03/2002, 01/05/2002 a 31/12/2002

Ementa: BASE DE CÁLCULO. COMPOSIÇÃO.

A base de cálculo da Cofins é o faturamento, entendido como a receita bruta da pessoa jurídica, que corresponde à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

[Assinatura]

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	19, 03, 2008.
Sérvio Barbosa 91745	

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/07/2000

Ementa: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE GASOLINA E ÓLEO DIESEL DIRETAMENTE À DISTRIBUIDORA. COMPENSAÇÃO.

Comprovada a aquisição de combustível (gasolina e/ou óleo diesel) diretamente à distribuidora, que recolheu a Cofins na qualidade de substituta tributária, é cabível à adquirente, na forma da legislação, a compensação do valor retido.

Lançamento Procedente em Parte”.

Tendo havido sucumbência parcial da Fazenda Pública, o d. Presidente da Colenda 3ª Turma da DRJ em Curitiba - PR recorreu de ofício (fl. 1.244, vol. VI) a este Egrégio Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 34 do Decreto nº 70.235/72 (com as alterações das Leis nºs 8.748/93 e 9.532/97) e do art. 2º da Portaria MF nº 375/2001.

Em suas razões de recurso voluntário (fls. 1.260/1.270, vol. VI) oportunamente apresentadas a ora recorrente sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância na parte em que a manteve, tendo em vista: a) a ilegitimidade do lançamento, porque as receitas relativas a título de “seguro facultativo” repassadas à seguradora e a título de “recuperação de crédito tributário” não se incluem na base de cálculo da contribuição, nem são nem caracterizam auferimento de receita própria, no primeiro caso, e nova no segundo.

É o Relatório.

Al. *SM*

sd/s

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	19.03.2008.
Sílvia S. Barbosa Mat: Sipe 91745	

Voto Vencido

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator, vencido quanto à preliminar de nulidade

Inicialmente, anoto que o recurso de ofício reúne as condições de admissibilidade, porém, desde logo, verifico que o procedimento fiscal padece de nulidade insanável, devendo ser anulado a partir da diligência realizada, a fim de que se retome o devido processo legalmente estabelecido para o lançamento tributário.

De fato, o art. 145 do CTN expressamente dispõe que o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo, deve ser revisto por iniciativa de ofício da autoridade administrativa nos casos expressamente previstos no art. 149 do CTN, entre os quais se contam as hipóteses de comprovação de ocorrência de omissão, no lançamento anterior, de ato ou formalidade essencial, pela mesma autoridade (inciso IX do art. 149 do CTN), ou ainda quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior (inciso VIII do art. 149 do CTN).

No caso concreto, desde logo, verifica-se que, em face da constatação, na diligência realizada pela d. Fiscalização, da indevida inclusão na base de cálculo da contribuição objeto do lançamento original de receitas não tributadas, a lei complementar expressamente impõe à autoridade lançadora os deveres de efetuar a revisão do lançamento, escoimando-o dos erros de fato concretamente certificados, e de notificar a contribuinte das alterações do novo lançamento, com todas as garantias legais e procedimentais do devido processo legal (arts. 9º e 10 do Decreto nº 70.235/72), sob pena de nulidade (art. 59 do Decreto nº 70.235/72).

Por seu turno, a jurisprudência administrativa já assentou que “a competência atribuída às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, nos termos do art. 2.º da Lei 8.748/93, não compreende a função de lançamento, sob pena de nulidade do ato decisório” (1º CC-MF - Acórdão unânime nº 107-04.127 da 7ª Câmara, Recurso nº 110.656-RJ - rel. Conselheiro Maurílio Leopoldo Schmitt, publ. in DOU de 28/4/99, pág. 13), sendo certo que “os atos e termos lavrados por pessoa incompetente são nulos, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos, por ineficazes”, ex-vi do disposto no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 (cf. Acórdão nº 101-92.516 do 1º CC no Recurso nº 117.102, Sessão de 27/01/99, publ. in DOU de 16/6/99 e in Revista de Jurisprudência ADCOAS, vol. 1/2000, pág. 717).

Assim, não obstante o louvável esforço da r. decisão recorrida em tentar corrigir os erros de fato confessadamente cometidos no lançamento excogitado, é evidente que ao confeccionar a planilha constante do voto do ínclito Relator, a par de não suprir a necessária revisão do lançamento imposta pela Lei complementar (incisos VIII e IX do art. 149 do CTN), a r. decisão recorrida invade área de competência privativa da autoridade lançadora (art. 142 do CTN), incidindo em nova e manifesta nulidade, que compromete a liquidez e certeza do lançamento, pois, como também já assentou a jurisprudência desse Egrégio Conselho: “o princípio da tipicidade revela que o instituto da competência impositiva fiscal deve ser exaustiva. Todos os critérios necessários à descrição tanto do fato tributável como da relação jurídico-tributária reclamam uma manifesta e esgotante previsão legal. O lançamento fiscal não pode se valer de sua própria dúvida. A certeza e segurança jurídicas envoltas no princípio da reserva legal (CTN, arts. 3º e 142) não comportam infidelidades nos lançamentos fiscais.” (cf. Acórdão nº 103-20.473 da 3ª

Sten

@

Rd

Câmara do 1º CC, Recurso nº 123.256, Processo nº 10855.001482/95-06, em sessão de 07/12/2000, rel. Conselheira Neicyr de Almeida, publ. in DOU 19/12/2000)

Na aplicação desses preceitos de inegável juridicidade, ressaltando a necessidade de observância do rito legalmente previsto nos processos administrativos, como garantia da plena defesa dos administrados, a jurisprudência do Egrégio STJ recentemente assentou que: *“o procedimento administrativo é informado pelo princípio do ‘due process of law’. Se o ato eivado de ilegalidade não cumpriu sua finalidade, ocasionando prejuízo à parte, deve ser anulado, como anulados devem ser os atos subseqüentes a ele. A garantia da plena defesa implica a observância do rito, as cientificações necessárias, a oportunidade de objetar a acusação desde o seu nascedouro, a produção de provas, o acompanhamento do iter procedimental, bem como a utilização dos recursos cabíveis.”* (cf. Acórdão da 1ª Turma do STJ no REsp nº 536.463-SC, Reg. nº 200300853863, em sessão de 25/11/2003, rel. Min. Luiz Fux, publ. in DJU de 10/12/2003, pág. 360).

Assim, preliminarmente, julgando prejudicado o exame do mérito do recurso voluntário, voto no sentido de anular o procedimento fiscal a partir da diligência realizada para que o lançamento seja revisto pela autoridade administrativa lançadora, nos termos do art. 149, incisos VIII e IX, do CTN, e daquelas informações, a fim de que o mesmo seja escoimado dos erros de fato confessadamente cometidos no lançamento original e, notificada a contribuinte das alterações do novo lançamento, com todas as garantias legais e procedimentais do devido processo legal (arts. 9º e 10 do Decreto nº 70.235/72), seja retomado o devido processo legalmente estabelecido para o lançamento tributário.

Se vencido na preliminar, voto pelo provimento do recurso voluntário para que sejam excluídas da base de cálculo do lançamento as receitas a título de “seguro facultativo” repassadas à seguradora e a título de “recuperação de crédito tributário” mantidas pela r. decisão recorrida.

Como é elementarmente sabido e ensina Roque Carrazza: “o tipo tributário é revelado, no Brasil, após a análise conjunta da hipótese de incidência e da base de cálculo da exação. Assim, a Lei das Leis, ao discriminar as competências tributárias das várias pessoas políticas, estabeleceu, igualmente, as bases de cálculo ‘in abstracto’ possíveis dos vários tributos federais, estaduais, municipais e distritais. (...) a base de cálculo e a hipótese de incidência de todo e qualquer tributo devem guardar sempre uma relação de inerência. Em suma, a base de cálculo há de ser, em qualquer tributo (...), uma medida da materialidade da hipótese de incidência tributária.” (cf. Roque Antonio Carrazza in “Curso de Direito Constitucional Tributário”, 22ª Ed. revista, ampliada e atualizada até a EC nº 52/2006, Malheiros Ed., 2006, nota 20, pág. 483).

Ao definir a hipótese de incidência e respectiva base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, a Lei nº 9.718 veio dispor, em seus arts. 2º e 3º, que:

"Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3.º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

40

④

Redy

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	19, 03, 2008.
Silvio Roberto Barbosa	
Matr. Supe 81745	

Consubstanciando atividade essencialmente realizadora do Direito, inteiramente vinculada e subordinada ao princípio da legalidade do tributo (arts. 150, inciso I, da CF/88; e 97 e 142 do CTN), a atividade administrativa do lançamento tributário, necessariamente, há de conformar-se com a Constituição e com a interpretação que lhe empresta a Suprema Corte, só podendo se efetivar nas condições e sob os pressupostos estipulados em lei válida, donde decorre que, ante a formal declaração de inconstitucionalidade ou invalidade da lei pela Suprema Corte, deslegitimam-se todos os lançamentos fundados nas referidas disposições e base de cálculo inconstitucionais (§ 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98); em suma, são ilegítimos todos os lançamentos que refugiam às bases de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep adotadas pela legislação anterior e ao conceito de faturamento em sentido estrito por ela adotado e equivalente à receita bruta decorrente de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, ou de serviços de qualquer natureza.

No caso concreto verifica-se que as acusações fiscais do lançamento fiscal excogitado se fundamentam na disposição legal inconstitucional e versam sobre receitas não operacionais (receitas recebidas a título de “seguro facultativo” repassadas à seguradora e a título de “recuperação de crédito tributário”), que se inserem na base de cálculo julgada inconstitucional, o que, nos termos da jurisprudência citada, torna ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação.

Isto posto, se vencido na preliminar, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário (fls. 1.260/1.270, vol. VI) para reformar a r. Decisão de fls. 1.243/1.255 (vol. VI) da 3ª Turma da DRJ em Curitiba - PR, a fim de que sejam excluídas da base de cálculo do lançamento as receitas relativas a título de “seguro facultativo” repassadas à seguradora e a título de “recuperação de crédito tributário”, cancelando as exigências delas decorrentes, por insubsistentes.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 17 de outubro de 2007.



FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	19 / 03 / 2008
SSB Sílvia Siqueira Barbosa Mat.: Slape 91745	

Voto Vencedor.

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator-Designado quanto à preliminar de nulidade

Ouso discordar do ilustre Conselheiro-Relator quanto à preliminar de nulidade do procedimento fiscal, pelas razões que passo a expor.

O auto de infração foi lavrado para exigir o pagamento de diferença de Cofins apurada pela Fiscalização.

A empresa autuada não concordou com o procedimento fiscal e impugnou o feito, alegando, em apertada síntese, que:

1 - o valor do seguro facultativo não é receita da empresa, não podendo compor a base de cálculo da Cofins. O valor é cobrado em separado do preço da passagem e é integralmente repassado à seguradora;

2 - o valor relativo à recuperação de crédito tributário não é receita e não pode compor a base de cálculo da Cofins;

3 - foi indevidamente incluído na base de cálculo valores relativos a movimentação de créditos de conta passiva, que não são receitas; e

4 - não foram considerados os créditos de Cofins na aquisição de combustíveis diretamente à distribuidora.

Estabelecida a lide, a DRJ em Curitiba - PR, diante da possibilidade da existência de erro de fato no procedimento fiscal, determinou a realização de diligência para apurar a veracidade das alegações da recorrente referente à inclusão, na base de cálculo da Cofins, de valores que são créditos de contas passivas e se existia créditos de Cofins não considerados no procedimento fiscal, decorrentes da aquisição de combustíveis junto à distribuidora de combustível.

Realizada a diligência, foi apurado que, de fato, foi incluído na base de cálculo da Cofins valores relativos a créditos de contas passivas e, também, que a recorrente tinha crédito de Cofins, passível de compensação, decorrente de aquisição de combustível junto à distribuidora de combustível. A empresa quantificou cada um desses itens.

A DRJ recorrida julgou procedente, em parte, o auto de infração para excluir os valores que representam créditos de contas passivas e para utilizar os créditos na aquisição de combustível junto a distribuidoras. Manteve a base de cálculo quanto à receita de seguro facultativo e recuperação de impostos.

Entendo que o auto de infração e a decisão recorrida não trazem nenhum vício que importe em sua nulidade, como entende o ilustre Conselheiro-Relator. A argumentação tecida com o intuito de evidenciar a vislumbrada nulidade do ato fiscal fundamenta-se na

[Assinatura]

[Assinatura]

imprecisão dos valores utilizados pela autoridade autuante na determinação do crédito tributário.

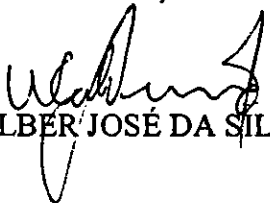
Vale dizer que, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, a nulidade dos atos processuais somente se materializa nos casos de incompetência do agente ou de decisões proferidas com cerceamento do direito de defesa, situações não configuradas na peça atacada. Eventuais erros ou imprecisões que não essas referidas no citado art. 59 do Decreto nº 70.235/72, nos termos do art. 60 do mesmo diploma, deverão ser sanadas quando resultarem em prejuízo ao sujeito passivo e não importarão em nulidade. Nesse caso se incluem as divergências referidas pelo Conselheiro-Relator, relacionadas mais propriamente ao procedimento fiscal de fixação do montante tributável passíveis, como se viu, de reforma administrativa, sem que se considere nulo o auto de infração.

Em outras palavras, uma vez instaurado o litígio com a impugnação do lançamento (art. 14 do Decreto nº 70.235/72), os erros existentes no lançamento e contestados pela impugnante, mesmos os de natureza material, não podem ser corrigidos com fulcro no comando contido no inciso III do art. 145 do CTN, como entende o ilustre Conselheiro-Relator, e sim com base no inciso I deste mesmo art. 145 do CTN.

Portanto, é a autoridade administrativa revisora de primeira instância, no caso a DRJ em Curitiba - PR, que tem competência para rever o lançamento impugnado. E foi exatamente isto que ela fez, ao excluir os valores que, de fato, não deveriam ter sido lançados.

Por estas razões, voto no sentido de rejeitar e preliminar de nulidade do procedimento fiscal suscitada pelo ilustre Conselheiro-Relator.

Sala das Sessões, em 17 de outubro de 2007.


WALBER JOSÉ DA SILVA 